



Newsletter Wikilabour.it

Il grande dizionario dei diritti dei lavoratori annotato con la giurisprudenza

La negoziazione assistita per le controversie di lavoro: i dubbi dei sindacati e il tema della serietà delle transazioni sui diritti dei lavoratori.

di **Franco Scarpelli**, avvocato in Milano, professore di diritto del lavoro

Con la **Newsletter n. 12/2021** ([v. la nota di M. Fezzi e D. Santagostino](#)) abbiamo dato notizia dei lavori della Commissione ministeriale in materia di riforma del processo civile e del lavoro, e in particolare della possibile estensione dell'istituto della **negoziazione assistita** anche alle controversie di lavoro (d'ora innanzi per brevità NA).

Va detto apertamente che il tema presenta, per il mondo al quale fa riferimento Wikilabour, profili di qualche delicatezza, esistendo opinioni diverse sull'opportunità della prospettata estensione anche tra le diverse componenti del mondo e degli operatori pro-labour.

Appaiono **tendenzialmente favorevoli** gli avvocati del settore: sia gli avvocati del lavoro in generale (l'estensione della NA è una battaglia storica dell'AGI, associazione rappresentativa degli avvocati giuslavoristi) sia la componente degli avvocati pro-labour, pur non mancando tra loro anche opinioni diverse.

Fin dall'inizio è invece apparso **contrario a tale estensione** il mondo sindacale confederale (compresa la Cgil, che è tra i soci fondatori di Wikilabour).

Scopo di questo contributo è dare conto delle diverse ragioni e provare a sviluppare alcune riflessioni sul tema più generale delle garanzie nelle conciliazioni di lavoro.

E' appena necessario dire che quanto qui scritto non rappresenta l'opinione dell'associazione Wikilabour né della redazione della Newsletter, ma solo quella personale di chi scrive.

La procedura di NA si inserisce tra i cosiddetti **strumenti alternativi di risoluzione delle controversie** (ADR), ed è stata introdotta dal d.l. 132/2014 col principale fine di deflazione del contenzioso civile. Essa consiste nella stipulazione di un primo accordo, mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede per risolvere in via amichevole una controversia, tramite l'assistenza di avvocati. Per alcuni casi l'attivazione della procedura è necessaria prima di andare davanti al giudice, in altri è uno strumento volontario.

Se la procedura va a buon fine, l'accordo che risolve la controversia costituisce **titolo esecutivo** (quindi, ove non sia adempiuto, consente alla parte che ha subito l'inadempimento – per esempio il mancato pagamento del dovuto – di attivare direttamente le procedure esecutive, come se avesse ottenuto una sentenza). Gli



avvocati, oltre ovviamente ad assistere le rispettive parti e condurre la negoziazione, hanno poteri di certificazione dell'autenticità delle firme e della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Il decreto che introdusse tale istituto aveva inizialmente previsto che la NA potesse portare anche a **conciliazioni in materia di lavoro**, in particolare equiparandole alle conciliazioni indicate dall'art. 2113 c.c., 4° comma, ovvero quelle conciliazioni in occasione delle quali è possibile conciliare definitivamente con rinunce e transazioni (sottraendole al regime di impugnabilità di cui al primo comma dello stesso 2113) su diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili di legge e dei contratti e accordi collettivi (analogamente, cioè, a quanto avviene per le conciliazioni in sede amministrativa, giudiziale e sindacale, cui si sono aggiunte nel tempo altre tipologie e procedure).

Resta ovviamente ferma per tutte le conciliazioni – dunque sarebbe rimasta ferma anche per quella all'esito della NA – la **possibilità di impugnare l'accordo transattivo** ove questo riguardi **diritti indisponibili** e sia perciò nullo, o sia annullabile per i classici vizi della volontà.

A seguito della forte opposizione manifestata pressoché unitariamente dalle parti sociali (sindacati dei lavoratori e associazioni datoriali) la legge di conversione del decreto eliminò tale previsione, disponendo al contrario che l'oggetto della controversia sottoposta a NA *“non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro”* (art. 2, comma 2, d.l. 132 attualmente vigente).

L'odierna proposta governativa torna a invertire la direzione del legislatore, inserendo nella legge delega in elaborazione la previsione che per le controversie di cui all'articolo 409 c.p.c. sia possibile ricorrere alla NA, senza che ciò costituisca condizione di procedibilità dell'azione (quindi mantenendone il carattere facoltativo), *“a condizione che ciascuna parte sia assistita dal proprio avvocato, e prevedere altresì che al relativo accordo sia assicurato il regime di stabilità protetta di cui all'articolo 2113 del codice civile”*.

Sulla proposta è tornata a manifestarsi la critica sindacale, espressa in particolare con una nota unitaria di Cgil, Cisl e Uil del 21 maggio 2021, indirizzata ai Ministri della Giustizia Cartabia e del Lavoro Orlando.

* * *

Quali sono gli argomenti che fondano la **preoccupazione delle oo.ss.** verso la NA in materia di lavoro?

I sindacati confederali mettono prima di tutto in dubbio che la NA garantisca **adeguata imparzialità** (intesa anche come terzietà) e un corretto bilanciamento di interessi da parte dell'organo di conciliazione (che invece, secondo le oo.ss., caratterizzerebbe le più tradizionali sedi protette di conciliazione): caratteristica che sarebbe necessaria per la tutela della parte più debole del rapporto di lavoro nel momento in cui va a disporre di propri diritti.

Si osserva poi che le conciliazioni hanno spesso ad oggetto **diritti derivanti da contratti collettivi** di lavoro, e che su questo terreno solo le conciliazioni che avvengono con l'assistenza bilaterale di sindacalisti si sviluppano secondo procedure articolate e sarebbero in grado di tenere conto degli equilibri raggiunti in sede di contrattazione collettiva.

Viene avanzata poi la preoccupazione che una negoziazione gestita da soggetti (avvocati) che possono anche non avere consuetudine con la materia e con i contratti collettivi possa generare un **deficit di protezione**, che non si verificherebbe invece davanti alle commissioni di conciliazione sindacale che sono composte da



funzionari che svolgono questa attività stabilmente e che, come affermato più volte in giurisprudenza, ai fini della validità dell'accordo devono assicurare una effettiva assistenza al lavoratore (v. ad es. Cass. 24024/2013).

A parere di chi scrive, le osservazioni delle oo.ss. sono dettate da preoccupazioni comprensibili in generale, ma che non valgono solo per gli eventuali accordi in sede di NA, né valgono specificamente e in assoluto per la negoziazione ipoteticamente gestita da avvocati (salvo basarsi su un pregiudizio generale verso tale categoria di professionisti, che non sarebbe comprensibile e che certo non può venire da associazioni sindacali che da decenni coltivano con il ceto degli avvocati pro-labour rapporti di stretta collaborazione).

Nel valutare tali ragioni e obiezioni, peraltro, deve tenersi conto del fatto che il panorama degli istituti e degli organi davanti ai quali è possibile raggiungere accordi transattivi validi ai fini dell'art. 2113, 4° comma, c.c. è **ormai ampio e variegato**, andando ben oltre le già citate sedi tradizionali delle conciliazioni e transazioni di lavoro (**commissioni in sede amministrativa** presso le ITL, **procedure e sedi sindacali** di conciliazione disciplinate dai contratti collettivi, **conciliazione in corso di giudizio**), alle quali il legislatore ha aggiunto nel tempo sedi e procedure diverse tra loro.

Le conciliazioni e transazioni "protette" sono oggi possibili, infatti, anche davanti alle **commissioni di certificazione** dei diversi enti abilitate a istituirle (enti bilaterali – ma solo se costituiti dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative –, Università, ITL, Consigli provinciali dei consulenti del lavoro). Il d.lgs. 124/2004 ha poi previsto (per alcune specifiche ipotesi) una **conciliazione monocratica** gestita dall'Ispettore del lavoro, anch'essa sottratta al regime di impugnazione dell'art. 2113 c.c.. Infine ad una transazione di lavoro è possibile giungere, dal 2010, davanti ai **collegi di conciliazione e arbitrato** previsti dall'art. 412 quater c.p.c. (che già oggi possono essere istituiti dalle stesse parti, consensualmente, senza vincoli quanto alle caratteristiche dei soggetti incaricati, salvo il presidente del collegio che deve essere un professore universitario di materie giuridiche o un avvocato abilitato alla difesa avanti la Corte di cassazione).

L'esperienza e la realtà applicativa delle conciliazioni è vasta e variegata, ed anche di recente ha attratto l'attenzione degli operatori e ha provocato frequenti **interventi della giurisprudenza** sulla validità degli accordi.

E' inutile dire che singoli casi non possono fondare giudizi generali su un istituto o una sede: come sempre avviene, la **qualità della conciliazione** varia da caso a caso e dipende da fattori come la **competenza, professionalità e serietà** dei conciliatori, le condizioni in cui si sviluppa, i **rapporti di forza** negoziale e di bisogno delle parti, ecc. Tale qualità (nei limiti delle condizioni date, tra cui conta molto la capacità di "resistenza" del lavoratore ai bisogni immediati, all'assunzione del rischio e dei costi di una controversia, ecc.) presuppone che il conciliatore che assiste la parte abbia non soltanto una elevata competenza specialistica (sulla disciplina specifica del rapporto di lavoro in discussione, sulle clausole tecniche inserite negli accordi, sulle conseguenze previdenziali e assistenziali che derivano dall'accordo, ecc.), ma anche il tempo e le risorse per effettuare una buona **"anamnesi"** sia della **controversia oggetto di trattativa** sia dello **svolgimento complessivo del rapporto di lavoro** (dato il fatto che molto spesso viene chiesto al lavoratore di sottoscrivere



rinunce di carattere generale), nonché il tempo e le capacità di dare adeguata informazione di tutto ciò al lavoratore, con quello che, con espressione di moda, potrebbe definirsi un adeguato **“consenso informato”**.

Chi ha esperienza di controversie di lavoro sa quanto sia difficile realizzare queste condizioni, e come le stesse nella pratica entrino fortemente in discussione, soprattutto in alcune sedi e procedure.

Per fare un esempio, la commissione di conciliazione in sede amministrativa (ITL) – considerata tra le sedi più serie, grazie alla sua composizione e alla professionalità degli operatori – è probabilmente in grado di verificare che il lavoratore che compare per una conciliazione non sia coartato nella sua volontà e che comprenda il significato della transazione che va a sottoscrivere, ma difficilmente ha modo di effettuare una **verifica della storia del rapporto di lavoro** e pesare dunque il valore delle eventuali rinunce di carattere generale (per assicurare ciò bisognerebbe che il lavoratore fosse anche assistito da un avvocato del lavoro o da un vertenziero del sindacato, cosa che però non è obbligatoria e in molti casi non si verifica).

Ciò vale anche per le conciliazioni davanti alle commissioni di certificazione delle università, che sono state nel periodo della pandemia le più efficienti a garantire la continuità del servizio convertendo le procedure in modalità telematica a distanza. Generalmente i conciliatori di tali strutture (professori e avvocati) garantiscono una **competenza tecnica molto elevata** e un’adeguata verifica della correttezza della procedura: anche in quel caso tuttavia, se il lavoratore (come è possibile) non sia (anche) assistito da un legale di propria fiducia, la verifica possibile è sul carattere volontario dell’adesione e sulla mancanza di pesanti condizionamenti, ma difficilmente tale verifica può estendersi a un approfondimento della trattativa, già normalmente conclusa prima della convocazione davanti alla commissione.

Anche per le **conciliazioni sindacali**, l’esperienza dice che una cosa è la transazione raggiunta all’esito di un classico percorso vertenziale, in cui il tecnico del sindacato ha potuto analizzare la situazione, approfondire eventuali problematiche aziendali coi funzionari di categoria, sviluppare una articolata trattativa con la controparte, ecc.; un’altra sono le conciliazioni raggiunte, ad esempio, all’esito di accordi nelle procedure di riduzione del personale (o, in questo periodo, gli accordi sulle risoluzioni consensuali di eccezione al divieto dei licenziamenti), dove l’erogazione degli incentivi è condizionata alla firma in tempi stretti di **accordi c.d. “tombali”**, con un’assistenza anche sindacale che spesso è solo formale (e talvolta assicurata non da tecnici vertenzieri ma da funzionari di categoria, pur autorizzati alle conciliazione, che hanno generalmente un minore tasso di competenza tecnica).

* * *

Gli operatori del settore sanno bene che vi sono, poi, dei **fenomeni patologici** che si sviluppano in varie sedi: e purtroppo ciò avviene con maggior frequenza proprio in alcune sedi di formale conciliazione sindacale, o pseudo-sindacale.

Faccio riferimento in primo luogo al ‘sottobosco’ delle **conciliazioni c.d. monosindacali** organizzate con sindacalisti di associazioni sindacali minori, dalle sigle talvolta sconosciute, o presso commissioni conciliative o di certificazione costituite presso enti bilaterali egualmente sconosciuti. Chi è del mestiere si è sentito raccontare più di una volta, da lavoratori incappati in tale fenomeno, di firme di verbali transattivi avvenute **presso la sede aziendale** (o presso lo studio di professionisti dell’impresa), dove il lavoratore incontra un



sindacalista che non ha mai visto e col quale non ha mai parlato che, se va bene, si limita a leggergli l'accordo e spiegarli che una volta firmato non potrà più fare alcuna causa: e nella maggior parte dei casi il lavoratore, al cospetto del datore di lavoro e di un sindacalista mai conosciuto, firma ...

Sono accordi che spesso presentano diversi **profili di impugnabilità**, ma di fatto l'impugnazione è molto rara (solo quando il lavoratore ha occasione, prima che maturino termini di decadenza o prescrizione, di parlarne con un tecnico o un legale di fiducia in grado di fare tali valutazioni).

Va detto, purtroppo, che prassi di questo di questo genere si sono sviluppate in qualche caso anche nell'ambito di uffici di conciliazione di associazioni sindacali maggiori (a Milano è ben noto il caso di un ufficio sindacale dove da decenni vengono conciliate centinaia di controversie, ignorando le regole procedurali dei contratti collettivi di riferimento, e con un ruolo del conciliatore del tutto formale; ma non è un caso isolato).

Generalmente in queste conciliazioni "monosindacali" organizzate dalla stessa impresa il lavoratore non è iscritto all'associazione del sindacalista conciliatore e il contributo al sindacato per il servizio viene pagato dall'impresa.

Quella ora descritta è ovviamente una parte del fenomeno (quella patologica), mentre in tante strutture sindacali vengono invece gestite con modalità ben più serie migliaia di vertenze, vengono tutelati lavoratori e lavoratrici e raggiunti **accordi conciliativi importanti per una rapida tutela dei loro diritti**.

Forme di **deviazione patologica** delle procedure conciliative si sono persino prodotte con riferimento alla **sede giudiziale**, con la discutibile pratica di processi simulati, con deposito degli atti e immediata comparizione spontanea davanti al giudice per la sola conciliazione (giudice che, in quel caso, nulla sa del contenuto della lite e non è dunque in grado di sorvegliare adeguatamente la conciliazione cui formalmente assiste): e non sono mancati casi, in passato, in cui il legale che formalmente assisteva il lavoratore era scelto non da questi ma dall'impresa, in assenza di garanzia di indipendenza e in violazione di doveri deontologici. E' noto agli operatori meno giovani che, molti anni fa, una simile prassi era abituale in un importante Tribunale come quello di Milano, e fu grazie a un **ricorso per condotta antisindacale** proposto in un caso di ricorso massivo a tale strumento che la dirigenza del Tribunale mise fine a tali prassi. Altri casi, a quanto mi risulta, si sono verificati in altre sedi giudiziarie ma il fenomeno sembra oggi residuale, grazie alla cresciuta disponibilità di sedi di conciliazione più facilmente accessibili.

* * *

In questo contesto, c'è da chiedersi se il problema sia l'introduzione di una nuova e ulteriore sede di conciliazione, come la negoziazione assistita, ovvero il **tasso di garanzie e serietà** di qualunque conciliazione, quale che sia la sede e modalità.

L'**affidamento agli avvocati** della funzione di conciliazione non sembra introdurre, sul piano strutturale, novità rispetto ad altre forme già esistenti, e in particolare proprio rispetto a quella sindacale. Infatti, mentre le conciliazioni in sede amministrativa, delle commissioni di certificazione, quella monocratica e quella giudiziale vedono la presenza di un soggetto terzo, sia quelle sindacali (se condotte secondo le regole dei contratti collettivi, come sarebbe doveroso) sia la NA hanno una **struttura bilaterale**, attraverso una assistenza tecnica di parte, del conciliatore sindacale o dell'avvocato.



Anche i **limiti giuridici e di validità** delle conciliazioni e dei relativi accordi transattivi sono gli stessi per tutte le forme (soprattutto con riguardo ai limiti di disponibilità dei diritti in sede transattiva elaborati dalla giurisprudenza – quale ad esempio la nullità di qualsiasi rinuncia su diritti futuri derivanti dalla disciplina inderogabile di legge o di contratto collettivo: [v. ad es. Cass. n. 25315/2018](#): in sede di NA non si potranno dunque fare rinunce e accordi che non siano consentiti in ogni altra sede conciliativa.

Sul piano tecnico, mi pare difficile affermare a priori che un Legale non possa assicurare una **assistenza tecnica adeguata**: certamente deve trattarsi di un legale competente in materia di lavoro, che ha confidenza con le fonti di regolazione del rapporto (contratti collettivi compresi) e che sia dotato di sensibilità ed esperienza nell'assistere lavoratori in una fase così delicata.

Sul punto è stato talvolta ipotizzato, con buone ragioni, di introdurre come condizione della NA in materia di lavoro che i legali siano dotati del titolo di **specializzazione in materia di lavoro** (titolo la cui introduzione risale alla legge 247/2021, ma che solo in questi mesi sembra stia approdando alla fase di prima applicazione). A tale proposta si obietta che la stessa legge 247 prevede che il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale; sarebbe necessaria una norma che introduca una eccezione a tale principio, ma da molti si ritiene che una simile previsione (oltre che difficile da far digerire al corpo più ampio dell'avvocatura) potrebbe andare incontro a censure di contrasto col diritto europeo della concorrenza.

Valgono però i **principi generali** che presiedono al corretto esercizio della professione legale, ovvero i doveri di competenza (l'avvocato non può accettare incarichi su materie per le quali non sia adeguatamente preparato), di diligenza, di patrocinio fedele e indipendente.

Chi scrive ritiene tuttavia che l'affidamento della funzione conciliativa agli avvocati, destinata a svolgersi in un **ambito ristretto e riservato**, nel solo rapporto tra parti e rispettivi legali, non sia nel contesto dell'avvocatura italiana privo di rischi: rischi che mi paiono marginali quando una simile procedura sia gestita dagli avvocati del settore (che poi, come in tutte le professioni, saranno di volta in volta più o meno bravi), ma più rilevanti se gestita da avvocati **privi di specifica esperienza e competenza**. Non solo: i dati sui redditi degli avvocati ci dicono che non mancano purtroppo nella categoria diffuse condizioni di difficoltà e di oggettivo impoverimento; in tale contesto – e a fronte del valore potenzialmente anche elevato che può assumere, per l'impresa, una conveniente transazione col proprio dipendente – non si possono escludere comportamenti di singoli legali che, tradendo i principi legali e deontologici della professione, cedano alla tentazione di **assecondare conciliazioni al ribasso** pur di maturarne i relativi compensi professionali (compensi che, nella prassi delle conciliazioni di lavoro, vengono spesso pagati per acollo dal datore di lavoro).

Dunque il rischio di gestioni inadeguate della NA e di qualche fenomeno degenerativo certamente esiste. Si è però visto che tali rischi e ricorrenti forme degenerative sussistono anche per altre forme di conciliazione, e specialmente per quella in sede sindacale, ma nessuno penserebbe per tale motivo di abolire tale istituto. E' per tale motivo, e considerando che la moltiplicazione delle sedi conciliative si è già verificata da tempo, che non mi convince una battaglia di opposizione specifica alla NA, foriera tra l'altro di una potenziale frattura



tra categorie (operatori sindacali e avvocati pro-labour) sinora impegnate fianco a fianco nella tutela dei diritti dei lavoratori.

* * *

Mi sembra, invece, che questo dibattito sia un'occasione per provare a costruire una battaglia comune, dei soggetti motivati dagli stessi valori e da esperienze vicine, per diffondere una **più elevata cultura e prassi delle conciliazioni e transazioni in materia di lavoro**: in primo luogo attraverso campagne informative rivolte agli stessi lavoratori, che devono essere avvertiti dei rischi e delle trappole di procedure conciliative gestite con superficialità (se non con fenomeni di assistenza inadeguata o infedele).

Questo può essere fatto in ogni direzione e con diversi strumenti, e le organizzazioni sindacali ancor più delle istanze degli avvocati hanno gli strumenti per costruire tali iniziative.

Con riguardo alla NA sarebbe utile una **campagna informativa** che ne illustri le opportunità ed i limiti, che spieghi ai lavoratori l'importanza di un'assistenza tecnica adeguata (che può essere prima di tutto quella di un vertenziero sindacale, anche a supporto dell'attività del legale) e che, soprattutto, offra ai lavoratori che incappino in un'assistenza legale inadeguata la possibilità di una verifica di quanto avvenuto: nei casi più gravi sarà possibile valutare e costruire azioni di **responsabilità professionale** (e/o esposti agli ordini di appartenenza per le violazioni dei doveri deontologici) nei confronti di legali che abbiano gestito una NA in violazione del dovere di competenza o indipendenza, in assenza di adeguato approfondimento dei presupposti o di adeguata informazione al lavoratore (e già il fatto che si sappia che un lavoratore può attivare simili strumenti, in caso di grave pregiudizio derivante dall'adesione inconsapevole o poco informata a un accordo squilibrato, potrà indurre il ceto dei professionisti ad una gestione più prudente dello strumento).

Nei confronti delle conciliazioni sindacali, è giunta l'ora di mettere in discussione più sistematicamente le **forme abusive**, ad iniziare dalla contestazione (presso le autorità di vigilanza) delle procedure gestite da sindacati privi del carattere di adeguata rappresentatività richiesto dalla disciplina legale dei singoli istituti. E sarebbe comunque importante promuovere campagne informative tra i lavoratori illustrando il concetto di **effettiva assistenza** nelle procedure conciliative, e informandoli della possibilità di impugnare transazioni ritenute pregiudizievoli che si siano svolte avvenute in assenza di tale caratteristica.

Penso poi che le organizzazioni sindacali dovrebbero avviare un confronto con le numerose **commissioni universitarie di certificazione e conciliazione**, mirando a stabilire con le stesse dei protocolli che prevedano, tra l'altro, che il conciliatore debba verificare non soltanto che il lavoratore che compare per la conciliazione lo faccia volontariamente e consapevolmente, ma anche se lo stesso abbia potuto compiere un adeguato approfondimento sul tema con un tecnico di sua fiducia (e se ciò non è avvenuto, a mio parere, la Commissione dovrebbe invitare il lavoratore a farlo, rinviando la seduta, almeno quando il testo della transazione contenga rinunce generali sui diritti eventualmente derivanti dallo svolgimento dell'intero rapporto di lavoro).

Simili ed altre iniziative, mi sembra, potrebbero produrre un avanzamento più significativo **della cultura e della pratica dei diritti**, più di quanto possa farlo la competizione tra aree o riserve di competenze (che siano dei sindacati, o degli avvocati).